

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Gouverner la société par contrat

Thunis, Xavier

Published in:
Revue régionale de droit

Publication date:
1998

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Thunis, X 1998, 'Gouverner la société par contrat', *Revue régionale de droit*, Numéro 88, p. 277-280.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

GOUVERNER LA SOCIÉTÉ PAR CONTRAT?¹

Au théâtre des mythes qui structurent l'imaginaire juridique, le code et le contrat ont toujours tenu les premiers rôles.

En ce qui concerne le code, point n'est besoin de grandes explications; c'est à la capacité de se doter d'un code qu'une discipline juridique affirme, quasi politiquement, son existence, sa cohérence et sa légitimité. Quant au contrat dont on annonce si souvent le déclin et, tout aussi fréquemment, la renaissance, il revêt une signification qui dépasse et, de loin, le cadre strictement juridique. Dans une société qui paraît avoir perdu sa capacité à «produire du lien», la figure du contrat fait un retour en force. Nouveau contrat social ou contrat naturel (M. Serres), contrat agriculture-société, contrat de rivière ou contrat mondial, autant d'expressions à portée plus philosophique que juridique, qui traduisent la nécessité, pour une communauté humaine, de renouer le lien entre ses membres ou avec son environnement.

Idee régulatrice, le contrat tend aussi à s'imposer comme mode de gouvernement, ce qui conduit au brouillage des catégories. D'une part la norme légale est devenue incertaine: elle ne prescrit plus, elle oriente, elle n'impose plus, elle recommande. Un contenu flou et une force obligatoire vaporeuse paraissent le prix à payer pour garantir l'acceptation d'une loi dont le contenu et parfois l'application se négocient comme un contrat. A l'inverse, certains accords passés par les autorités publiques avec des agents privés finissent par ressembler à des règlements généraux. Droit négocié, droit imposé? Tel est le thème et le titre de l'ouvrage collectif publié sous la direction des professeurs Philippe Gérard, François Ost et Michel van de Kerchove par les Facultés universitaires Saint-Louis. Ce livre, volumineux et important, comprend vingt-trois études regroupées selon trois axes: théorie et philosophie du droit, sciences sociales et droit.

Il est évidemment impossible de rendre justice à toutes ces contributions où des réflexions philosophiques, historiques ou psychanalytiques sur le droit négocié côtoient des analyses juridiques du phénomène de la négociation en droit privé, en droit public, pénal, ou international.

Contentons-nous donc de quelques remarques inspirées par la lecture de cet ouvrage très riche.

(1) Cet article propose quelques réflexions suscitées par la lecture de l'ouvrage collectif et interdisciplinaire: *Droit négocié, droit imposé?*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996, 703 pages.

Pas plus que la convention ne s'oppose à la loi², le droit négocié ne s'oppose au droit imposé. Leur rapport, comme il est souligné à plusieurs reprises, est dialectique. Ce rapport dialectique ne peut s'établir que si chacun des termes est tout à la fois identifiable et en quelque sorte gros de son contraire. Ici surgit une première difficulté. Aristote n'hésite pas à écrire que la loi elle-même est une convention. Une conception aussi tentaculaire de la convention³ rend toutefois malaisée la définition des liens de complémentarité ou d'alternance qui peuvent exister entre droit imposé et droit négocié. Dans un sens large, la loi est conventionnelle au même titre que le langage, qui échappe précisément au consentement de ceux qui l'utilisent.

Comme l'atteste une terminologie flottante qui mêle contrat, convention⁴ et consensus⁵, la difficulté provient peut-être de l'ambiguïté qui affecte la notion même de contrat.

En philosophie politique, le contrat social est une fiction⁶, un récit par lequel une société tente de fonder et de réactiver le lien qui soude les membres qui la constituent. C'est un vouloir-vivre ensemble qu'il s'agit d'expliquer non seulement par rapport à une origine conventionnelle bien hypothétique, mais aussi par rapport à un horizon et à un projet communs.

Comme l'explique Fr. Ost⁷, l'idée de contrat social, lieu commun de la pensée politique, est pour le moins polysémique: contrat passé avec le souverain, pacte établi entre citoyens ou encore convention liant Dieu et les hommes. Quelle que soit l'explication retenue, ce contrat, qui prétend fonder le social et produire la loi pour tous en occultant la question d'une légalité pré-contractuelle, a une signification beaucoup plus large que le contrat pris comme réalité juridique positive, créateur de droits et d'obligations pour les seules parties contractantes.

Dans cette deuxième acception, la dialectique droit imposé-droit négocié est plus

(2) Ainsi que l'indique l'article 1134 du Code civil, «les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites».

(3) Voir dans le même sens les observations de H. Dumont, «Droit public, droit négocié et para-légalité», p. 488 et s. de l'ouvrage.

(4) Ce flottement terminologique se retrouve également dans le Code civil aux articles 1101 et suivants qui mêlent constamment les notions de contrat et de convention tout en paraissant les distinguer. Voir aussi le titre significatif du n° spécial 1997 d'Aménagement/Environnement, «Phénomènes consensuels dans le droit de l'urbanisme et de l'environnement».

(5) Le consensus nous paraît être un phénomène très différent du contrat. Celui-ci implique certes un accord de volontés, un consensus, si l'on veut, sur un certain objet mais il s'agit d'un accord explicite des parties qui contractent, précisément après avoir pris la mesure de différences exprimées. Le consensus, comme le montre bien l'exemple du droit international (v. la contribution de Ph. Gauthier, «Le rituel feutré des négociations internationales», p. 450 et s. de l'ouvrage), se caractérise plus par une absence d'opposition que par une manifestation explicite de volonté sur des intérêts reconnus, après discussion, comme convergents ou conciliables.

(6) V. sur ce point, G. de Stexhe, «Négociation: le degré zéro et l'événement», p. 200 et s. de l'ouvrage.

(7) «Les lois conventionnellement formées tiennent lieu de conventions à ceux qui les ont faites» particulièrement p. 78 et s. de l'ouvrage. La compétence nous manque pour commenter, comme il se devrait, cette substantielle contribution dans laquelle l'auteur analyse trois moments fondateurs où s'exprime la dialectique droit imposé-droit négocié dont les ressources se combinent pour produire du lien social: le mont Sinaï, le Pnyx et le Champ de Mars. Pour une réplique à Fr. Ost, v. X. Dijon: «Pour une transcendance de bonne foi dans la légitimité du droit», *R.I.E.J.*, 1997-99, p. 167 et s.

facile à cerner parce que la notion même de contrat, quoique difficile à définir rigoureusement, est plus circonscrite et que l'encadrement impératif dont il est l'objet assigne clairement ses limites à l'autonomie de la volonté subordonnée à la loi⁸.

On peut toutefois observer que la multiplication de contrats-types aux conditions largement concordantes, élaborées sous les auspices de groupements influents, donne à la règle contractuelle un caractère de généralité qui la rapproche de la règle légale. Dans le même ordre d'idées, certaines conventions multilatérales conclues entre les grands acteurs d'un secteur, par exemple les banques ou les assurances, créent aussi des normes de comportement qui tendent à s'imposer ou à produire des effets au-delà du cercle de ceux qui y ont souscrit.

Le principe n'en reste pas moins que la convention n'oblige que les seules parties contractantes (C. civ., art. 1165) et que la sanction en est garantie par un tiers, l'Etat qui en consacre la force obligatoire et en permet, le cas échéant, l'exécution forcée⁹. A la vérité, cette qualité de tiers s'estompe déjà quand l'Etat ou un de ses démembrements adopte le contrat comme mode de gestion pour céder ou acquérir des biens ou des services, comme en témoignent les hésitations de la doctrine sur le régime juridique, de droit public ou de droit privé, applicable à ce genre d'opérations¹⁰. Des questions plus fondamentales surgissent quand le contrat devient technique de gouvernement, c'est-à-dire quand l'autorité publique substitue à son pouvoir d'action unilatéral un mode contractuel de régulation. C'est ce phénomène que paraît viser l'expression, un peu imprécise mais suggestive, de contractualisation du droit¹¹. L'ouvrage commenté aurait, à notre avis, gagné à présenter une typologie ou une classification plus systématique des rapports de concurrence ou de complémentarité qui peuvent exister entre l'acte unilatéral et le contrat¹², ce qui aurait mieux fait apparaître le caractère polymorphe du phénomène contractuel¹³ et la façon dont il s'enchaîne dans l'action des pouvoirs publics.

Gouverner par contrat présente des avantages et des risques. Le contrat séduit par sa souplesse et sa flexibilité. Son utilisation traduit aussi la volonté du pouvoir politique de faire oublier qu'il impose et de recueillir l'adhésion de ceux qu'il entend régir.

Le procédé n'est cependant pas exempt d'ambiguïtés. Le contrat peut présenter moins de souplesse: dans la mesure où il fait la loi des parties (C. civ., 1134), il est moins avantageux pour le partenaire public que l'action unilatérale qu'il risque de paralyser.

(8) V. à ce sujet J. Ghestin, «La notion de contrat», *Revue Droits*, n° 12, PUF 1990, p. 11 et s.

(9) V. à ce sujet, M. Pâques, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 32 et s.

(10) Pour une synthèse de la discussion, M. Pâques, *op. cit.*, p. 274 et s.

(11) Cf. les contributions de H. Dumont, «Droit public, droit négocié et para-légalité», p. 463 et s. et de Y. Cartuyvels, «Les politiques de prévention socio-pénales en Belgique, métamorphose de l'action étatique?», p. 588 et s.

(12) Pour un exercice de ce genre en matière environnementale, v. M. Pâques, «Phénomènes consensuels autour de l'acte unilatéral», in *Aménagement/Environnement*, n° spécial 1997, p. 74 et s.

(13) Dans certains cas, les pouvoirs publics participent à des accords qui ne paraissent pas pouvoir être qualifiés de contrats. Il en est ainsi par exemple des contrats de rivière. V. à ce sujet, A. Gosseries, «Les contrats de rivière» in *Amén./Env.*, *op. cit.*, p. 64 et s.

Faut-il aussi rappeler que le contrat ne fait qu'exprimer un rapport de forces? Que les pouvoirs publics soient, comme c'est le cas en matière de lutte contre l'exclusion sociale¹⁴, la partie forte, et les voilà en mesure de pratiquer, sous une forme négociée, une politique sécuritaire qui n'ose peut-être plus dire son nom¹⁵. Que les pouvoirs publics soient, comme ce peut être le cas en matière environnementale, la partie faible ou moins bien informée et les voici tributaires des données que le contractant, détenteur du savoir, accepte de leur transmettre. Ceci va avoir une influence déterminante sur le contenu du contrat et sur l'intensité des obligations que celui-ci fait naître. Ajoutons que la publicité donnée à ce genre de contrat est généralement faible, ce qui pose la question de son contrôle sur un plan démocratique¹⁶.

Le droit administratif américain, qui fait une large place à la «régulation négociée» (*Regulatory Negotiation*)¹⁷, a prévu, dans le même temps, un cadre juridique imposant notamment des mesures de publicité destinées à assurer la transparence et à permettre le contrôle de la procédure.

Bel exemple de cette dialectique nécessaire et instable entre le droit négocié et le droit imposé, où se manifeste le retour du tiers, qui force les parties à sortir du face-à-face contractuel pour se placer sous le regard d'autrui.

Xavier THUNIS

(14) V. sur ce point la contribution de Y. Cartuyvels précitée.

(15) L'idée de contrat appelle presque naturellement celle de négociation même si celle-ci n'est pas consubstantielle à celle-là. En droit des obligations, il est significatif qu'une doctrine minoritaire ait autrefois refusé la qualification contractuelle au contrat d'adhésion dont les clauses sont imposées, sans négociation, par la partie la plus puissante à la partie la plus faible. V. la discussion chez J. Ghestin, «La notion de contrat» in *Revue Droits*, n° 12, PUF 1990, p. 15 et s.

(16) Concrètement, il y a lieu de se demander si ce type de conventions où l'autorité publique, dans la poursuite de l'intérêt général, restreint son pouvoir d'action unilatéral, ne devrait pas être soumis au droit d'accès aux informations ayant trait à l'environnement.

(17) V. J. De Munck et J. Lenoble, «Droit négocié et procéduralisation», p. 175 et s. de l'ouvrage.